

Vereinbarkeit von Nothilfe für Asylsuchende mit Völker- und Verfassungsrecht?

Gutachten zur nationalrätlichen Fassung
von Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz

Zuhanden der Eidgenössischen Kommission
für Migrationsfragen EKM

Verfasst von

Proff. Walter Kälin, Alberto Achermann und Jörg Künzli,
Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte
Themenbereich Migration



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Inhaltsverzeichnis

1. Fragestellung	1
2. Völkerrecht.....	1
2.1 Flüchtlingskonvention.....	1
2.2 Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I)	3
2.3 Kinderrechtskonvention.....	6
2.4 Europäische Menschenrechtskonvention.....	6
3. Europäisches Recht.....	7
4. Bundesverfassungsrecht	8
4.1 Anspruch auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)	8
4.2 Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV)	10
4.3 Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV)	11
4.4 Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit (Art. 5 BV)	12
4.5 Sozialziele (Art. 41)	13
5. Schlussfolgerungen	13

1. Fragestellung

Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) ist von der Eidgenössischen Kommission für Migrationsfragen EKM mit einem Rechtsgutachten zum Vorschlag des Nationalrates zu Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz beauftragt worden.

Vorliegend ist die Frage zu beurteilen, ob es verfassungs- und völkerrechtlich zulässig wäre, Asylsuchenden während der gesamten Verfahrensdauer nur Nothilfe zu leisten. Hintergrund dieser Fragestellung bildet die laufende Revision des Asylgesetzes. Im Juni beschloss der Nationalrat, dass Asylsuchende künftig nicht erst nach rechtskräftigem Wegweisungsentscheid, sondern bereits während der gesamten Verfahrensdauer nur Nothilfe erhalten sollen. Art. 82 Abs. 1 Asylgesetz¹ in der nationalrätlichen Fassung soll in den hier relevanten Teilen künftig lauten:

„... Asylsuchende und Personen mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid erhalten auf Ersuchen hin Nothilfe. Den Bedürfnissen von besonders verletzlichen Personen ist während der Dauer des Asylverfahrens angemessen Rechnung zu tragen.“

In einer Stellungnahme vom 23. Mai 2012 kam das Bundesamt für Migration zum Schluss, eine solche Regelung stehe weder im Widerspruch zur Bundesverfassung noch zum Völkerrecht. Dabei prüfte es die Vereinbarkeit mit Art. 12 BV (Recht auf Hilfe in Notlagen), Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit), Art. 7 (Schutz der Menschenwürde) und Art. 41 (Sozialziele), allerdings zum Teil ohne Berücksichtigung der relevanten Rechtsprechung des Bundesgerichts zu diesen Garantien. Auf völkerrechtlicher Ebene setzte es sich mit Art. 23 Flüchtlingskonvention (FK)², der Kinderrechtskonvention (KRK)³ und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) auseinander. Nicht behandelt wurde der ebenfalls relevante Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I).⁴ Ebenfalls nicht untersucht wurde vom BFM die Kompatibilität mit europäischem Recht.

Im Folgenden werden zuerst die völkerrechtlichen (Ziff. 2) sowie europäischen (Ziff. 3) und anschliessend die bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben (Ziff. 4) analysiert. Dies erlaubt, Schlussfolgerungen für die Beurteilung der vorgeschlagenen Norm (Ziff. 5) zu ziehen.

2. Völkerrecht

2.1 Flüchtlingskonvention

Art. 23 Flüchtlingskonvention lautet:

„Die vertragsschliessenden Staaten gewähren den auf ihrem Gebiet rechtmässig sich aufhaltenden Flüchtlingen die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie den Einheimischen.“

¹ Asylgesetz vom 26. Juni 1998, SR 142.31.

² Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30.

³ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107.

⁴ Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1. Die Schweiz ist vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte erst kürzlich aufgefordert worden, für Asylsuchende einen adäquaten Lebensstandard zu gewähren. Dazu unten Ziff. 2.2.

Das BFM kommt mit Hinweis auf BGE 115 V 4 E. 2b, wonach der persönliche Geltungsbereich der fürsorgerechtlichen Bestimmungen des Asylgesetzes nur für anerkannte Flüchtlinge gelte, zum Schluss, diese Bestimmung der Flüchtlingskonvention finde erst ab der Anerkennung als Flüchtling Anwendung. Das Argument ist nicht nachvollziehbar, da sich der persönliche Geltungsbereich von Art. 23 FK nicht aus dem Asylgesetz ergeben kann. Deshalb ist seine Tragweite näher zu untersuchen:

Asylsuchende halten sich während des Asylverfahrens, d.h. ab Einreichen des Gesuches bis zum Zeitpunkt der Rechtskraft eines allfälligen Wegweisungsentscheids gemäss Art. 42 AsylG „rechtmässig“ auf dem Gebiet der Schweiz auf. Fraglich ist, ob „Flüchtling“ im Sinne von Art. 23 FK nur ist, wer als solcher anerkannt ist, oder aber auch wer – unabhängig ob dies bereits im Asylverfahren festgestellt wurde – die Flüchtlingseigenschaft besitzt, was zur Folge hätte, dass Asylsuchende solange als Flüchtlinge zu behandeln sind, bis ihre Behauptung, die Flüchtlingseigenschaft zu besitzen, rechtskräftig widerlegt ist. Letztere Auslegung ist beispielsweise für das Refoulement-Verbot von Art. 33 FK,⁵ welcher den Begriff „Flüchtling“ verwendet, unbestritten. Die Frage der (Nicht-)Geltung von Art. 23 FK für Asylsuchende wird in der ohnehin spärlichen Literatur zu dieser Bestimmung kaum thematisiert. In einer älteren Dissertation geht ECKERT ohne weitere Begründung davon aus, dass Art. 23 FK nur anerkannte Flüchtlinge schütze.⁶ GOODWIN-GILL/McADAM führen aus, Art. 23 FK gehöre zu jenen Artikeln, deren Anwendung mehr als bloss legalen Aufenthalt, d.h. klare Indizien wie Anerkennung als Flüchtling, verfestigten Aufenthaltsstatus oder die Ausstellung eines Reisedokuments voraussetze.⁷ HATHAWAY betont, die Gleichbehandlung gemäss Art. 23 FK müsse während des Asylverfahrens nicht gewährt werden.⁸ Demgegenüber hält LESTER die Bestimmung auch auf Asylsuchende anwendbar, allerdings nicht bereits mit Einreichen des Asylgesuches, sondern erst nach einer gewissen Dauer: Die Begriffe „lawfully staying“/ „résidant régulièrement“ der sprachlichen Originalfassungen der Flüchtlingskonvention würden eine gewisse Verfestigung des Aufenthaltes, d.h. eine gewisse Dauer des Asylverfahrens nahelegen.⁹ Auch wenn ihre Auslegung im Lichte der grammatikalischen und teleologischen Auslegung einiges für sich hat, wird sie durch die Staatenpraxis, welche gemäss Art. 31 der Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁰ für die Auslegung ebenfalls relevant ist, nicht gestützt.¹¹ Artikel 29 Abs. 1 der Qualifikationsrichtlinie der EU z.B. sieht die Gleichstellung von Flüchtlingen mit eigenen Staatsangehörigen im Bereich der Fürsorge und sozialen Unterstützung erst vor, wenn „internationaler Schutz zuerkannt worden ist“.¹²

⁵ „Kein vertragsschliessender Staat darf einen Flüchtling in irgendeiner Form in das Gebiet eines Landes ausweisen oder zurückstellen, wo sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre.“

⁶ Wolfgang Eckert, Begriff und Grundzüge des schweizerischen Flüchtlingsrechts, Zürich 1977, S. 117.

⁷ Guy Goodwin-Gill / Jane McAdam, The Refugee in International Law, 3rd ed., Oxford 2007, S. 526.

⁸ James Hathaway, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge 2005, S. 807.

⁹ Eve Lester, Article 23, in: Andreas Zimmermann (ed.), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary, Oxford University Press, Oxford 2011. S. 1053, Rz 33 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und die Auslegung des Begriffes des rechtmässigen Aufenthalts bei Atle Grahl-Madsen, The Status of Refugees in International Law, Vol. II, S. 351f.

¹⁰ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

¹¹ Siehe die Hinweise bei Hathaway (Fussnote 8), S. 805. Es fällt auch auf, dass das UNHCR in seiner „Stellungnahme an das Bundesverfassungsgericht im Verfahren 1 BvL 10/10“ vom Dezember 2010 betreffend Erhöhung der Sozialleistungen an Asylsuchende gemäss dem Asylbewerberleistungsgesetzes Art. 23 FK nicht anruft.

¹² Richtlinie 2011/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Art. 23 FK einer Reduktion der Leistungen auf Nothilfe nicht entgegensteht.

2.2 Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I)

Der Pakt über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Pakt I) verankert das „Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit“ (Art. 9), das Recht „eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie [...], einschliesslich ausreichender Ernährung“ (Art. 11 Abs. 1) und das Recht auf Gesundheit (Art. 12). Während über den Anspruch auf Sicherung des Existenzminimums im Sinne von Art. 12 BV¹³ hinaus die Justiziabilität dieser Garantie in der Schweiz umstritten ist, richten sich die Bestimmungen von Pakt I gemäss Bundesrat und Bundesgericht „(primär) an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche sie als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten haben“.¹⁴ Unabhängig davon, ob diese Auffassung wirklich zutrifft, bedeutet fehlende Justiziabilität somit nicht fehlende Verbindlichkeit, sondern diese verschiebt die Verantwortung für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen von den Gerichten zum Gesetzgeber.

Diese Rechte gelten für alle Menschen, d.h. auch Asylsuchende. Dies anerkennt der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ausdrücklich. Entsprechend befasst er sich im Rahmen der Prüfung von Staatenberichten gemäss Art. 16 und 17 Pakt I regelmässig mit der sozialen Lage nicht nur von Flüchtlingen, sondern auch Asylsuchenden. In diesem Sinn hat er z.B. Österreich dafür kritisiert, dass die Sozialunterstützung für Asylsuchende erheblich tiefer als jene für die eigenen Bürger sei, und die österreichischen Behörden aufgefordert, Asylsuchenden während des ganzen Verfahrens angemessene Sozialhilfe („adequate social support“) zu gewähren.¹⁵ Frankreich wurde dringend gebeten, sicherzustellen, dass Asylsuchende Zugang zu angemessener Gesundheitsversorgung haben.¹⁶ Im Fall von Deutschland zeigte sich der Ausschuss sehr besorgt darüber, dass Asylsuchende keine angemessene Sozialhilfe erhalten,¹⁷ in nicht adäquaten und überbelegten Unterkünften leben und nur Zugang zu medizinischer Notfallhilfe haben, und forderte die deutschen Behörden u.a. auf, sicherzustellen, dass solchen Personen bezüglich Sozialhilfe (nicht aber den Sozialversicherungen) Gleichbehandlung und gleichen Zugang zu medizinischer Behandlung gewährt werde.¹⁸ Zypern wurde aufgefordert, Asylsuchenden mit speziellen Gesundheitsproblemen Zugang zu spezialisierter medizinischer Behandlung und gezielter Sozialhilfe zu gewähren.¹⁹ Diese Ausführungen basieren auf der

Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, Amtsblatt der Europäischen Union vom 20.12.2011, L 337/9.

¹³ Dazu unten Ziff. 3.1.

¹⁴ BGE 126 I 240 E. 2c unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates vom 30. Januar 1991 betreffend den Beitritt der Schweiz zu den beiden internationalen Menschenrechtspakten von 1966, BBl 1991 I 1193 und 1202.

¹⁵ Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Austria, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E/C.12/AUT/CO/3, 25 January 2006, Ziff. 15 und 29.

¹⁶ Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, France, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E/C.12/FRA/CO/3, 9 June 2008, Ziff. 47.

¹⁷ Zu diesem Schluss kam kürzlich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht. Siehe hinten Ziff. 3.2.

¹⁸ Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Germany, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/C.12/DEU/CO/5, 12 July 2011, Ziff. 13

¹⁹ Consideration of Reports Submitted by States parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Cyprus, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E/C.12/CYP/CO/5, 12 June 2009, Ziff. 18.

„Allgemeinen Bemerkung“ (General Comment) No. 19 des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. In diesem Dokument wird festgehalten, Flüchtlinge und Asylsuchende sollten in gleicher Weise wie die übrige Bevölkerung Zugang zu nicht beitragsgestützten Leistungen der sozialen Sicherheit erhalten.²⁰ Diese Einstufung gilt im schweizerischen Kontext für die Sozialhilfe.

Im Fall der Schweiz befasste sich der Ausschuss 2010 mit einem Teilaspekt der Problematik, als er sich besorgt über die Situation von Asylsuchenden zeigte, die längere Zeit in unterirdischen Bunkern untergebracht wurden. In seinen „Abschliessenden Empfehlungen“ hielt er fest:

„18. Der Ausschuss stellt mit Besorgnis die Vernachlässigung fest, die manche Asylsuchende im Vertragsstaat erleiden, die sich Berichten gemäss während der Prüfung ihrer Ansprüche während unbestimmter Dauer in unterirdischen Atombunkern aufhalten müssen. [...] (Art.11).

Der Ausschuss fordert den Vertragsstaat auf, in seinem nächsten periodischen Bericht detaillierte Informationen einschliesslich nach Herkunft, Geschlecht und Alter aufgeschlüsselte Angaben über die Lebensbedingungen von Asylsuchenden zu liefern, insbesondere von unbegleiteten oder von ihren Familien getrennten Minderjährigen. Des Weiteren fordert der Ausschuss den Vertragsstaat auf, über die Massnahmen zu berichten, die er ergriffen hat, um die Asylsuchenden zu schützen und ihnen einen den Vorgaben des Pakts entsprechenden angemessenen Lebensstandard zur Verfügung zu stellen.“²¹

Die Prüfung des nächsten Staatenberichts der Schweiz wird dem Ausschuss also Gelegenheit geben, sich zur Angemessenheit der schweizerischen Unterstützung von Asylsuchenden zu äussern.

Was ist unter einem „angemessenen“ Lebensstandard (Art. 11 Pakt I), „angemessener“ Gesundheitsversorgung (Art. 12 Pakt I) und „angemessener“ sozialer Sicherheit (Art. 9) zu verstehen? Keine dieser Bestimmungen legt präzise fest, welche Leistungen konkret erbracht werden müssen, sondern lässt den Staaten diesbezüglich viel Spielraum. Aus der Praxis des Ausschusses ergeben sich aber die folgenden drei zentralen Punkte:

- Unangemessenheit liegt automatisch vor, wenn ein Mindeststandard der betreffenden Rechte unterboten wird. In diesem Sinn hat der Ausschuss festgehalten, dass „[e]in Vertragsstaat, in dem zum Beispiel eine bedeutende Anzahl von Menschen wesentlicher Nahrungsmittel, wesentlicher Gesundheitsversorgung, einer einfachen Wohnung und Unterkunft oder einer grundlegenden Bildung entbehrt, [...] seinen Paktverpflichtungen nicht nach[kommt]“ und damit die „Kernverpflichtung“ verletzt, „jedes der Rechte zumindest auf einem bestimmten Mindestniveau zu gewährleisten“. ²² Im Bereich des Rechts auf soziale Sicherheit umfasst dieser Mindeststandard staatliche Leistungen, welche nicht diskriminierend auszugestalten sind und die Erfüllung folgender Subsistenzbedürfnisse ermöglichen: „essential health care, basic shelter and housing, water and sanitation, foodstuffs, and the most basic forms of education.“²³

²⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 19, Ziff. 38.

²¹ Prüfung der von den Vertragsstaaten gemäss Artikel 16 und 17 des Pakts vorgelegten Berichte, Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Schweiz, Ziff. 18 (nicht-redigierte Übersetzung von UN Doc E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 November 2010).

²² Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 3, Ziff. 10.

²³ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 19, Ziff. 59.

- Die Verpflichtungen aus dem Pakt erschöpfen sich nicht in der Gewährleistung des Mindestniveaus. Vielmehr haben die Vertragsstaaten soweit als möglich „Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen“ (Art. 2 Abs. 1 Pakt I). Oberhalb des Mindestniveaus schliessen Elemente der Angemessenheit gemäss der Auffassung des Ausschusses die Elemente der *Verfügbarkeit* der fraglichen Mittel, Güter oder Dienstleistungen, ihrer *Zugänglichkeit* für die in Frage stehenden Personen, der *Annehmbarkeit*, d.h. ihrer kulturellen aber auch kontextbezogenen Zumutbarkeit, und ihrer *Adaptierbarkeit*, d.h. der Anpassung an geänderte Verhältnisse, ein.²⁴ Im vorliegenden Zusammenhang sind die Kriterien der Annehmbarkeit und Adaptierbarkeit relevant: Was in den ersten Wochen nach Einreise oder einem jungen Mann zumutbar erscheint, kann nicht notwendigerweise Asylsuchenden, die seit Jahren auf einen Entscheid warten, oder alleinstehenden Müttern mit mehreren Kindern zugemutet werden und muss im Laufe der Zeit dem konkreten Kontext angepasst werden.
- Während damit oberhalb des Mindeststandards die Staaten einen erheblichen Ermessensspielraum besitzen, in welcher Weise sie die Paktrechte voll verwirklichen wollen, gilt dies nicht, falls ein Vertragsstaat Leistungen in den durch die Paktrechte geschützten Bereichen abbaut und sich damit vom Ziel der vollen Verwirklichung der Paktrechte entfernt (sog. „retrogressive measures“).²⁵ So geht der Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von einer starken Vermutung („strong presumption“) der Unzulässigkeit solcher regressiver Massnahmen im Bereich des Rechts auf soziale Sicherheit aus.²⁶ Soll eine solche bewusst vorgenommene Massnahme nicht zu einer Verletzung des Pakts I führen, habe der Vertragsstaat nachzuweisen, dass alle Alternativen sorgfältig evaluiert wurden und sie sich unter Berücksichtigung aller Paktrechte und der dem Staat zur Verfügung stehenden Ressourcen als verhältnismässig und nicht diskriminierend erweisen.

Daraus ergeben sich im Asylrecht folgende grundlegende Forderungen an den Gesetzgeber:

1. Die Schweiz darf die Nothilfe für Asylsuchende nicht ganz abschaffen oder sie so ausgestalten, dass diese die Mittel, die für ein menschenwürdiges Leben notwendig sind, nicht mehr erhalten würden. Insofern deckt sich die Kernverpflichtung des Paktes mit dem Anspruch auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV.
2. Ein Leistungsabbau im Bereich des Rechts auf soziale Sicherheit, welcher zwecks Attraktivitätssenkung eines Asylstaats erfolgt, dürfte den vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte definierten Anforderungen an die Zulässigkeit regressiver Massnahmen kaum gerecht werden. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass dieses Organ die Reduktion der Sozialleistungen auf Nothilfe stark kritisieren wird.
3. Die Schweiz darf bezüglich Niveau und Art der Hilfe nicht alle Asylsuchenden gleich behandeln. Die Kriterien der Annehmbarkeit/Zumutbarkeit und Anpassung an geänderte Verhältnisse muss oberhalb des geforderten Minimums Differenzierungen auf der Basis besonderer

²⁴ Statt vieler Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 13: The right to education (art. 13), para. 6, deutsche Übersetzung in: Deutsches Institut für Menschenrechte, Die „General Comments“ zu den VN-Menschenrechtsverträgen, Baden-Baden 2005, S. 265f.

²⁵ Siehe etwa Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 3, Ziff. 9.

²⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 19, Ziff. 42.

Bedürfnisse und Verletzlichkeiten sowie unter Berücksichtigung mit zunehmender Dauer des Asylverfahrens sich verstärkenden negativen Auswirkungen auf Gesundheit, Wohlbefinden und Lebenschancen (v.a. Integrationschancen bei Gewährung von Asyl oder langdauernder humanitärer Aufnahme) vornehmen. Was die Gesundheit betrifft, kann auf Untersuchungen verwiesen werden, die festgestellt haben, dass abgewiesene Asylsuchende, die langfristig mit Nothilfe leben, einem höheren Erkrankungsrisiko ausgesetzt sind.²⁷

2.3 Kinderrechtskonvention

Besondere Anforderungen ergeben sich aus der Kinderrechtskonvention (KRK). Gemäss Art. 3 Abs. 1 KRK ist ausdrücklich auch im Bereich der öffentlichen Fürsorge „[b]ei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, [...] das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.“ Laut Art. 22 Abs. 1 KRK haben die Vertragsstaaten geeignete Massnahmen zu ergreifen, „um sicherzustellen, dass ein Kind, das die Rechtsstellung eines Flüchtlings begehrt, angemessenen Schutz und humanitäre Hilfe bei der Wahrnehmung der Rechte erhält“, die in der KRK oder anderen relevanten Verträgen verankert sind. Zu diesen Rechten gehören u.a. Art. 24 (Recht auf Gesundheit), Art. 26 (Recht auf soziale Sicherheit) und Art. 27 (Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen Entwicklung angemessenen Lebensstandard).

Da nach dem jetzigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens vorgesehen ist, dass den Bedürfnissen von besonders verletzlichen Personen, zu denen ohne Zweifel viele Kinder gehören, während der Dauer des Asylverfahrens angemessen Rechnung zu tragen ist, wird hier auf eine nähere Erörterung dieser Bestimmungen verzichtet.²⁸

2.4 Europäische Menschenrechtskonvention

Eine nur untergeordnete Rolle spielt die EMRK. Aus dem Verbot unmenschlicher Behandlung gemäss Art. 3 EMRK können sich zwar, wie eine reiche Praxis zu Haftbedingungen zeigt,²⁹ gewisse Leistungsansprüche ergeben, falls sich eine Person unter staatlicher Kontrolle befindet und wegen mangelnder Bewegungsfreiheit oder Arbeitsverbot nicht für sich selber sorgen kann. Das britische House of Lords hat deshalb festgestellt, die Verweigerung jeglicher Sozialhilfe an bestimmte Kategorien von Asylsuchenden, die auch nicht arbeiten dürfen, bewirke eine vom Staat verursachte Lebenssituation, die als unmenschlich bezeichnet werden müsse.³⁰ Allerdings dürften sich aus Art. 3 EMRK keine Ansprüche ergeben, die über jene der Nothilfe gemäss Art. 12 BV hinausgehen.

Art. 8 EMRK verankert u.a. einen Anspruch auf Schutz des Privatlebens. Dabei wird auch das Recht geschützt, sein Leben frei und in einer Weise zu gestalten, wie es mit Nothilfe und den damit verbun-

²⁷ Christian Bolliger / Marius Féraud, Langzeitbezug von Nothilfe durch weggewiesene Asylsuchende, Schlussbericht, Büro Vatter, Bern, 26. Mai 2010, S. 29f.

²⁸ Siehe dazu Bundesamt für Justiz, Die Ausgestaltung der Hilfe in Notlagen [Art. 12 BV] für minderjährige Asylsuchende mit einem Nichteintretensentscheid, Gutachten vom 25. Februar 2005, VPB 2008.2, S. 25 ff.

²⁹ Nachweise bei Nigel S. Rodley / Matt Pollard, *The Treatment of Prisoners under International Law*, 3rd ed., Oxford 2009, S. 394 ff.

³⁰ Regina v. Secretary of State for the Home Department (Appellant), ex parte Adam (FC) (Respondent); Regina v. Secretary of State for the Home Department (Appellant), ex parte Limbuela (FC) (Respondent); Regina v. Secretary of State for the Home Department (Appellant), ex parte Tesema (FC) (Respondent) (Conjoined Appeals), [2005] UKHL 66, United Kingdom, House of Lords, 3 November 2005, Ziff.7, (Votum von Lord Bingham of Cornhill); <http://www.unhcr.org/refworld/docid/43fc2d1a0.html>.

denen massiven Einschränkungen nicht möglich ist. Der Europäische Gerichtshof hat anerkannt, dass sich aus Art. 8 EMRK das Recht ableiten lasse, arbeiten zu dürfen.³¹ Gestützt darauf hat das Bundesgericht entschieden, dass bei einem abgewiesenen Asylsuchenden, der seit 13 Jahren nicht ausgeschafft werden konnte, „sein privates Interesse, sich von der Nothilfe lösen und einer Beschäftigung nachgehen zu können, das öffentliche Interesse, ihm mit der Erwerbsmöglichkeit keinen Anreiz zu bieten, illegal im Land zu verbleiben“, überwiegt, falls ein letzter Ausschaffungsversuch scheitere.³² Diese Rechtsprechung betrifft die Frage der Arbeit als Alternative zur Sozialhilfe. Soweit ersichtlich existiert demgegenüber keine Praxis, wonach sich aus Art. 8 EMRK (und dem mit ihm weitgehend deckungsgleichen Art. 13 BV) ein Anspruch auf Sozialhilfe ableiten liesse.

3. Europäisches Recht

Die Aufnahmerichtlinie der EU (Richtlinie 2003/9 vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten), die im Moment revidiert wird, legt namentlich in Art. 10ff. materielle Mindestgarantien für die Behandlung von Asylsuchenden fest, so u.a. in Bezug auf Grundschulerziehung, weiterführende Bildung für Minderjährige (Art. 10) und den Zugang zum Arbeitsmarkt nach einem Jahr nach Asylgesuchstellung (Art. 11). Von besonderer Bedeutung sind die Garantien von Art. 13 der Aufnahmerichtlinie: Danach sorgen die Mitgliedstaaten u.a. dafür, dass die gewährten materiellen Aufnahmebedingungen einem Lebensstandard entsprechen, der die Gesundheit und den Lebensunterhalt der Asylbewerber gewährleistet (Art. 13 Abs. 2). Die materiellen Aufnahmebedingungen können in Form von Sachleistungen, Geldleistungen oder Gutscheinen oder einer Kombination dieser Leistungen gewährt werden (Art. 13 Abs. 5). Art. 14 enthält Modalitäten der materiellen Aufnahmebedingungen namentlich in Bezug auf Unterbringung. Die Staaten haben dabei u.a. den Schutz des Familienlebens zu gewährleisten. Art. 16 erlaubt die Einschränkung oder den Entzug der gewährten Vorteile bei Vorliegen bestimmter Umstände (so etwa bei Verletzung von Mitwirkungspflichten, bei Zweitgesuchen oder bei Verschweigen von Geldmitteln). Solche Entscheide sind zu verfügen und zu begründen und müssen verhältnismässig sein (Art. 16 Abs. 4).

Auch wenn sich dieser Richtlinie, die für die Schweiz nicht bindend ist, keine Bemessungsgrundlagen für die Leistung von Sozialhilfe entnehmen lässt, geht das europäische Recht in Bezug auf Leistungen für Asylsuchende ganz offensichtlich von einem Konzept aus, das *über blosser Nothilfe hinausgeht*. Die Garantien der Aufnahmerichtlinie erhalten nämlich zusätzliche Konturen durch die Bestimmungen der Rückführungsrichtlinie,³³ welche für die Schweiz als Schengen-Weiterentwicklung verbindliches Recht darstellt. Die Rückführungsrichtlinie statuiert in Art. 14 eine Reihe von materiellen Garantien für Personen während des Ausschaffungsverfahrens, d.h. nach rechtskräftiger Ablehnung des Asylgesuches bis zum Vollzug der Abschiebung. Mit Ausnahme für Personen, die sich in Ausschaffungshaft befinden (Art. 15-17 Richtlinie 2008/115), haben die Staaten soweit möglich u.a. die medizinische Notfallversorgung und unbedingt erforderliche Behandlungen von Krankheiten sicherzustellen (Abs.

³¹ EGMR, *Sidabras et al v. Latvia*, application no. 55480/00, judgement of 27 July 2004, pars. 42.

³² Bundesgericht, 2C_459/2011, Urteil vom 26. April 2012, X. gegen Amt für Migration und Regierungsrat Basel-Landschaft, E. 3.3.4.

³³ Richtlinie 2008/115 vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

1 lit. b); den Zugang für Minderjährige zum Grundschulbildungssystem zu gewährleisten (Abs. 1 lit. c); und die spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen zu berücksichtigen (Abs. 1 lit. d). Im Weiteren haben die Mitgliedstaaten schriftliche Bestätigungen auszustellen, dass eine Rückkehrentscheidung vorläufig nicht vollstreckt wird. Der Umfang der Garantien von Art. 14 wird in Art. 12 der Richtlinien-Präambel verdeutlicht:

"Die Situation von Drittstaatsangehörigen, die sich unrechtmäßig im Land aufhalten, aber noch nicht abgeschoben werden können, sollte geregelt werden. Die Festlegungen hinsichtlich der Sicherung des Existenzminimums dieser Personen sollten nach Massgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften getroffen werden. Die betreffenden Personen sollten eine schriftliche Bestätigung erhalten, damit sie im Falle administrativer Kontrollen oder Überprüfungen ihre besondere Situation nachweisen können."

Die die Schweiz bindende Richtlinie 2008/115 geht also von der Sicherung eines Existenzminimums auch während des Vollzugsverfahrens aus. Dies verdeutlicht, dass die materiellen Leistungen, welche *Asylsuchenden während des Verfahrens* gewährt werden müssen, über dem blossen Existenzminimum liegen (oder gemäss schweizerischer Terminologie über die Nothilfe hinausgehen) müssen, da zwischen Asylverfahren und Abschiebungsverfahren in Bezug auf die Sozialleistungen ein Unterschied bestehen muss. Die Schweiz würde daher europäische Mindeststandards unterschreiten, wenn sie allen Asylsuchenden (mit Ausnahme von Schutzbedürftigen) blosser Nothilfe ausrichten würde. Dies würde den Bestrebungen des Dublin-Staates Schweiz, ihr Asylrecht dem europäischen Recht anzugleichen,³⁴ widersprechen. Zudem lässt sich bereits heute absehen, dass der Europäische Asylharmonisierungsprozess zu einer weitergehenden Angleichung der Standards führen wird, welche von der Schweiz längerfristig zu übernehmen sein werden.

Zudem erweist sich vor dem Hintergrund der Rückführungsrichtlinie Satz 2 von Art. 82 Abs. 1 AsylG in der nationalrätlichen Fassung ("Den Bedürfnissen von besonders verletzlichen Personen ist während der Dauer des Asylverfahrens angemessen Rechnung zu tragen") als besonders problematisch, insofern damit beabsichtigt wird, die Bedürfnisse dieser Gruppe von Personen nach Abschluss des Asylverfahrens nicht mehr angemessen zu berücksichtigen. Dies würde die für die Schweiz verbindliche Rückführungsrichtlinie (namentlich Art. 14 Abs. 1 lit. d) verletzen, welche eine solche Berücksichtigung explizit verlangt und darüber hinaus ein Existenzminimum für alle Personen während der Vollzugsphase vorsieht.

4. Bundesverfassungsrecht

4.1 Anspruch auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)

Der Anspruch auf Hilfe in Notlagen gemäss Art. 12 BV stellt eine Minimalgarantie dar. Sie wird von der hier diskutierten Norm nicht in Frage gestellt und braucht insofern nicht weiter diskutiert zu werden.

³⁴ Vgl. etwa die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBl 2010 4455ff, S. 4525: "Obwohl die Verweise auf die [EU-Asyl-] Richtlinien für die Schweiz rechtlich nicht verbindlich sind, soll grundsätzlich ein unnötiges Abweichen von den EU-Mindeststandards vermieden werden. Das Dublin-System kann nur dann funktionieren und Binnenwanderungen effizient vorbeugen, wenn die Standards im Asylwesen nicht zu stark voneinander abweichen".

Relevant ist allerdings die Frage, welche Kriterien erfüllt werden müssen, damit bestimmte Leistungen das „für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich[e]“ Ausmass, wie es vom Verfassungstext gefordert wird, erreichen. Dazu hat das Bundesgericht in BGE 131 I 166, E. 8.2, S. 182f Folgendes festgehalten:

„Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist verfassungsrechtlich nur geboten, was für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar ist und vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren vermag (...). Art. 12 BV gewährleistet einen Mindeststandard der Sozialhilfe, der nicht nur im Lichte des gesamtgesellschaftlichen Kontexts, sondern auch nach Massgabe der individuellen Umstände der Notlage des Leistungsansprechers zu konkretisieren ist (...). Der Grundrechtsschutz kann dabei grundsätzlich sowohl durch Geld- als auch durch Sachleistungen sichergestellt werden (...). Es ist in erster Linie Sache des zuständigen Gemeinwesens, auf Grundlage seiner Gesetzgebung über Art und Umfang der im konkreten Fall gebotenen Leistungen zu bestimmen (...).

Allgemeinverbindliche Regelungen zur Festlegung der Nothilfe dienen der demokratischen und rechtsstaatlichen Legitimierung derselben sowie ihrer rechtsgleichen und willkürfreien Handhabung. Sie befreien die Behörden aber nicht von einer Prüfung des Einzelfalles sowie bei Bedarf von einer Abweichung von den allgemeinen Regeln. So ist offenkundig, dass die medizinische Notversorgung vom individuellen Gesundheitszustand des Leistungsansprechers abhängt oder dass ein Säugling nicht die gleichen Anforderungen an die Nahrung hat wie ein Jugendlicher im Wachstumsalter oder wiederum eine betagte Person. Beim Obdach dürften die Differenzen freilich geringfügiger ausfallen, wobei die Unterkunft jedenfalls Raum für die notwendigsten Lebensbedürfnisse zu bieten hat (...).

Zulässig sind auch Unterscheidungen, die auf dem Aufenthaltsstatus beruhen (...). Bei Schweizern und Ausländern mit einem Anwesenheitsrecht ist ein dauerhafter Aufenthalt sicherzustellen, bei dem auch eine gewisse Integration angestrebt wird. Die Nothilfe dürfte daher in der Regel einen grösseren Umfang erreichen als bei Asylbewerbern mit hängigem Verfahren, bei denen nicht von vornherein von einer dauerhaften Anwesenheit auszugehen ist. Quantitativ noch geringer darf die Nothilfe bemessen werden bei Personen, welche die Schweiz zu verlassen haben, insbesondere bei Asylbewerbern mit Nichteintretensentscheid; weder sind dabei Integrationsinteressen zu verfolgen, noch müssen dauerhafte Sozialkontakte gewährleistet werden. Minimalleistungen rechtfertigen sich auch, um Anreize zum Verbleiben zu vermeiden. Unterste Grenze bildet aber jedenfalls die Menschenwürde, d.h. insbesondere dass die Leistungen als solche stets die physische Integrität (...) zu respektieren haben.“

Daraus lassen sich direkt Vorgaben für die laufende Gesetzesrevision ableiten:

- Die Nothilfe ist „nach Massgabe der individuellen Umstände der Notlage des Leistungsansprechers zu konkretisieren“, d.h. entsprechend den konkreten Bedürfnissen und Vulnerabilitäten festzulegen und nicht gemäss einem für alle Asylsuchenden gleichen Massstab. Darauf nimmt der vorgeschlagene Gesetzestext nur teilweise Bezug, indem er bestimmt, dass den Bedürfnissen von besonders verletzlichen Personen Rechnung zu tragen ist, da auch nicht „besonders“ verletzte Personen konkrete Bedürfnisse haben können, die legitim und schützenswert sind. Das gilt insbesondere für Personen, die besonders lange auf ihren Asylentscheid warten müssen.³⁵

³⁵ Dazu unten Ziff. 4.3

- Das Ausmass der Nothilfe für Asylsuchende während des Verfahrens darf zwar quantitativ tiefer ausfallen als für Personen mit permanentem Anwesenheitsrecht in der Schweiz, sollte aber höher sein als bei Personen mit rechtskräftigem Wegweisungsentscheid. Es ist fraglich, ob die Nennung der Asylsuchenden im Verfahren zusammen mit Personen im Wegweisungsstadium mit Art. 12 BV vereinbar ist. Darauf ist unter Ziff. 4.3 zurückzukommen.

4.2 Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV)

Art. 12 BV verweist mit dem Begriff des „menschenwürdigen“ Daseins auf Art. 7 BV, wonach „[d]ie Würde des Menschen [...] zu achten und zu schützen“ ist. Wie das Bundesgericht im oben zitierten Urteil³⁶ festgehalten hat, wird die Menschenwürde verletzt, wenn sie Menschen zu einer „unwürdigen Bettelexistenz“ zwingt oder ihre physische Integrität beeinträchtigt. Das sind absolute Minimalansprüche, aus denen sich kaum präzise Vorgaben für Leistungen oberhalb des Niveaus der Sozialhilfe ableiten lassen.

Weiter geht der Schutz aus Art. 1 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes, welcher auch für Asylsuchende gilt. Das Deutsche Bundesverfassungsgericht hat dazu festgehalten:

„a) Wenn Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil sie weder aus einer Erwerbstätigkeit noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter zu erlangen sind, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 125, 175 <222>). [...].

b) Der unmittelbar verfassungsrechtliche Leistungsanspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums erstreckt sich nur auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind. Er gewährleistet das gesamte Existenzminimum durch eine einheitliche grundrechtliche Garantie, die sowohl die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit, als auch die Sicherung der Möglichkeit zur Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und zu einem Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben umfasst, denn der Mensch als Person existiert notwendig in sozialen Bezügen (vgl. BVerfGE 125, 175 <223> m.w.N.).“³⁷

Das Gericht führte im Weiteren aus, der konkrete Umfang der Hilfe lasse sich nicht direkt aus der Verfassung ableiten, sondern sei vom Gesetzgeber unter Berücksichtigung der „gesellschaftlichen Anschauungen über das für ein menschenwürdiges Dasein Erforderliche, der konkreten Lebenssituation der Hilfebedürftigen sowie den jeweiligen wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten ab und ist danach vom Gesetzgeber konkret zu bestimmen“.³⁸ Demgegenüber könnten „[m]igrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, [...] von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das

³⁶ BGE 131 I 166 E. 8.2, S. 182f.

³⁷ Rechtssache 1 BvL 10/10 / 1 BvL 2/11, Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2012 in Sachen Asylbewerberleistungsgesetz, Ziff. C.I.1 (Randziffern 89 und 90).

³⁸ Id., Ziff. C.I.1.c (Randziffer 92).

physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen“, d.h. das Menschenwürdegebot sei „migrationspolitisch nicht zu relativieren“. ³⁹ Es kam zum Schluss, die gesetzlich vorgesehenen Ansätze für Asylsuchende, die ein Drittel unter den Ansätzen für andere Personen lagen, seien „evident unzureichend“ und erklärte die entsprechenden Bestimmungen des Asylbewerberleistungsgesetz für menschenunwürdig und damit verfassungswidrig. ⁴⁰

4.3 Gebot der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV)

Das Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt nach einer bekannten Formel des Bundesgerichts,

*„dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Dieser Grundsatz ist verletzt, wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.“*⁴¹

Es fragt sich, ob und inwiefern die Einführung der Nothilfe für Asylsuchende während des Verfahrens mit diesen Grundsätzen vereinbar ist. Dabei sind folgende Gesichtspunkte relevant:

- Wie bereits erwähnt, sollte laut Bundesgericht die gewährte Leistung differenziert werden, je nachdem, ob Asylsuchende sich noch im Verfahren befinden oder einen rechtskräftigen Wegweisungsentscheid erhalten haben und das Land verlassen müssen. ⁴²
- Zu differenzieren ist gemäss Bundesgericht auch zwischen Personen mit unterschiedlichen Bedürfnissen, wobei u.E. dieser Grundsatz nicht nur für besonders vulnerable Personen gelten kann. Auch andere Asylsuchende können spezifische Bedürfnisse besitzen, welche andere nicht haben. ⁴³
- Relevant ist auch der Zeitfaktor: Ob jemand für wenige Wochen oder Monate oder aber mehrere Jahre nur mit Nothilfe leben muss, macht sehr grosse Unterschiede. Was für einige Zeit hinzunehmen ist, kann im Laufe der Zeit zu massiver Marginalisierung und Hoffnungslosigkeit bei den Betroffenen oder – wie erwähnt – gesundheitlichen Schäden und Erkrankungen⁴⁴ führen. Der Bundesrat hat festgestellt, dass es im Durchschnitt 336 Tage bis zu einem positiven Asylentscheid dauert, was „sich oftmals negativ auf die Integration der Betroffenen auswirken und [...] zu hohen Folgekosten im Bereich der Sozialhilfe führen“ kann, und „die Gesamtdauer ab Einreichung des Asylgesuchs bis zur Ausreise aus der Schweiz oder bis zu einer Aufenthaltsregelung (vorläufige Aufnahme oder ausländerrechtliche Regelung) für abgewiesene Asylsuchende in den Jahren 2008–2010 rund 1400 Tage“ betrug. ⁴⁵ Asylsuchende unter Umständen während vielen Jahren auf Nothilfe zu belassen, ist vor allem in jenen Fällen

³⁹ Id., Ziff. C.II.2.c (Randziffer 121).

⁴⁰ Id., Ziff. C.II.

⁴¹ BGE 132 I 157 E. 4.1, S. 162 f.

⁴² BGE 131 I 166 E. 8.2, S. 182f.

⁴³ Beispiel: Zahlreiche Kinder zu haben, ist nicht automatisch eine Vulnerabilität, Nothilfe für solche Familien schafft aber besondere Probleme, die leicht zur Überforderung der Eltern mit allen damit verbundenen negativen Konsequenzen führen kann.

⁴⁴ Oben, Text bei Fussnote 27.

⁴⁵ Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes (Kurzfristige Massnahmen) vom 23. September 2011, BBl 2011, S. 7379.

stossend und sachlich nicht zu rechtfertigen, wo Asylsuchende keinen oder nur wenig Einfluss auf die Verfahrensdauer haben, beispielsweise weil die Behörden beschliessen, die Behandlung von Gesuchen aus bestimmten Ländern zurückzustellen, um abzuwarten, ob sich die Situation dort verbessert, oder weil sie – z.B. auf Beschwerdestufe – überlastet sind und die Pendenzen sich aufhäufen. In solchen und ähnlichen Fällen würde die vorgeschlagene Regelung besonders deutlich das Gebot „Ungleiches ungleich behandeln“ und damit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 8 Abs. 1 BV verletzen. U.E. ist mit dem Rechtsgleichheitsgebot nur eine Regelung vereinbar, welche das Zeitelement berücksichtigt und die Leistungen im Laufe der Zeit anhebt.

4.4 Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit (Art. 5 BV)

Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss alles staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. An diese Bestimmung sind nicht nur die rechtsanwendenden, sondern auch die rechtssetzenden Organe gebunden.⁴⁶ Der Gesetzgeber muss somit auf Massnahmen verzichten, die nicht geeignet und erforderlich sind, ein bestimmtes öffentliches Interesse zu verwirklichen, oder bei welchen die angestrebte Wirkung in einem Missverhältnis zu privaten oder anderen öffentlichen Interessen steht und die deshalb den Betroffenen nicht zugemutet werden können.⁴⁷

Das öffentliche Interesse, das der Gesetzgeber mit der Neuregelung offenbar verfolgen will, ist die Attraktivität der Schweiz für Asylsuchende zu verringern. Das ist an sich ein legitimes Interesse, es stellen sich aber verschiedene Fragen:

- Vorab ist fraglich, ob das Mittel überhaupt *geeignet* ist: In der Vergangenheit haben Abschreckungsmassnahmen jeweils nur kurzfristig zu einer Verlagerung von Gesuchen in andere Länder geführt und nach relativ kurzer Zeit ihre Wirkung eingebüsst.
- Das Mittel scheint legitim, soweit es um nicht schutzbedürftige Asylsuchende geht, es wirft aber Fragen der *Zumutbarkeit* auf. Die Verfolgung des öffentlichen Interesses „Abschreckung“ erscheint insbesondere den vielen Asylsuchenden nicht zumutbar, welche einerseits viele Monate oder gar Jahre mit Nothilfe leben müssten, schliesslich aber als Flüchtlinge anerkannt werden oder aus humanitären Gründen hier bleiben dürfen: Sie werden zum Instrument einer Abschreckungspolitik gemacht, welche nicht sie, sondern andere treffen will. Das ist grundsätzlich problematisch; diese Instrumentalisierung ist im Sinne einer Güterabwägung aber allenfalls hinzunehmen, wenn sie nur relativ kurz dauert. Demgegenüber schafft sie aber unter dem Gesichtspunkt der vom Gesetzgeber zu beachtenden Verhältnismässigkeit Probleme, wenn sie lange dauert. Bei langer Verfahrensdauer wird das Nothilferegime wegen seiner negativen Wirkung auf die betroffenen Personen aber auch für jene unzumutbar, welche schliesslich mit ihrem Asylantrag scheitern. Zu beachten und in die Güterabwägung miteinzubeziehen sind auch öffentliche Interessen wie die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder die Verstärkung der Abwehrhaltung der Bevölkerung in Städten und ländlichen Gemeinden, wenn als Folge des Nothilferegimes Asylsuchende sich tagsüber zwingend im öffentlichen Raum aufhalten, Kinder und Jugendliche Probleme entwickeln, oder sonstige ne-

⁴⁶ Yvo Hangartner, Art. 5, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung – Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, S. 103, Rz 3.

⁴⁷ Id., S. 118, Rz 36.

gative Effekte der durch die Nothilfe langfristig bewirkten Marginalisierung von Asylsuchenden eintreten.

- Man mag einwenden, künftig werde es keine langen Verfahrensdauern mehr geben. Sollte es tatsächlich gelingen, mit der gegenwärtigen Asylgesetzrevision die Verfahrensdauer in praktisch allen Fällen massiv zu verkürzen, würde allerdings die Abschreckungswirkung wegfallen, was die Massnahme *ungeeignet* erscheinen liesse.

4.5 Sozialziele (Art. 41)

Die Sozialziele von Art. 41 einschliesslich des Ziels, „jede Person an der sozialen Sicherheit teilha[ben]“ zu lassen (Abs. 1 lit. a), schaffen keine unmittelbaren und gerichtlich durchsetzbaren Rechte, sind deshalb aber nicht irrelevant, sondern vom Gesetzgeber zu beachten. Während sich aus ihnen keine direkten Vorgaben für die Ausgestaltung der Unterstützung von Asylsuchenden ergibt, lässt sich ohne weiteres sagen, dass eine undifferenzierte Regelung, welche keine Rücksicht auf die Dauer des Nothilferegimes, das Verhalten der betroffenen Person und ihre Bedürfnisse nimmt, sicher nicht der Verwirklichung dieses Ziels dient.

5. Schlussfolgerungen

Auf der Basis dieser Analyse lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen:

1. Aus der Analyse von Völkerrecht und Verfassungsrecht ergibt sich, dass eine Reduktion der Unterstützung von Asylsuchenden, die darauf angewiesen sind, während der Dauer des Asylverfahrens auf blosser Nothilfe nicht absolut verboten ist, sondern *unter gewissen Voraussetzungen zulässig sein kann*. Ein starkes Spannungsverhältnis besteht allerdings zu den Vorgaben von Pakt I und seiner Auslegung durch den Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte.
2. Art. 12 BV, die Sozialrechte von Pakt I und Art. 3 EMRK würden es *verbieten*, Asylsuchenden während des Verfahrens überhaupt keine Nothilfe zu gewähren.
3. Als problematisch erweist sich die vorgeschlagene Regelung in Hinblick auf die Einbindung des Dublin-Staates Schweiz in den *Europäischen Asylraum*: Einerseits würde sie europäische Mindeststandards unterschreiten, andererseits unter Umständen in Konflikt mit der als Schengen-Recht bindenden Rückführungsrichtlinie geraten. Mit der Richtlinie nicht vereinbar ist es, den Bedürfnissen von besonders verletzlichen Personen nur während der Dauer des Asylverfahrens angemessene Rechnung zu tragen, nicht aber, dies auch für Personen mit rechtskräftigem Wegweisungsentscheid vorzusehen, wie die vorgeschlagene Regelung es vorsieht.
4. Die vorgeschlagene Regelung ist insofern völker- und verfassungsrechtlich hoch problematisch, als sie Asylsuchende während des Verfahrens und Personen, welche die Schweiz verlassen müssen, punkto Nothilfe gleich behandelt und notwendige Differenzierungen unterlässt.

5. Die Bundesverfassung und das Völkerrecht verlangen zumindest,⁴⁸ dass das Gesetz Folgendes sicherstellt:
- *Rücksichtnahme auf besondere Bedürfnisse von Asylsuchenden, auch wenn sie nicht zur Kategorie der besonders vulnerablen Personen gehören* (Bundesgerichtspraxis zu Art. 12 BV [Hilfe in Notlagen]; Art. 8 Abs. 1 BV [Rechtsgleichheit]).
 - *Differenzierung zwischen Asylsuchenden im Asylverfahren und Personen, welche die Schweiz verlassen müssen* (Bundesgerichtspraxis zu Art. 12 BV [Hilfe in Notlagen]; Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit)).
 - *Differenzierung bezüglich der Zeit, d.h. schrittweise Verbesserung der Leistungen über das Nothilfeniveau hinaus, je länger das Asylverfahren dauert* (Kriterium der „Angemessenheit“ von Art. 9, 11 und 12 Pakt I in seinen Dimensionen der Annehmbarkeit [Zumutbarkeit] und Adaptierbarkeit [Anpassung an sich ändernde Verhältnisse]; Gebot, gemäss Art. 8 Abs. 1 BV Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln; Gebot der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 5 Abs. 2 BV). Reduktion der Unterstützung auf Nothilfe kann somit höchstens eine zeitlich beschränkte Massnahme (v.a. zu Beginn des Verfahrens) sein.
6. Will der Gesetzgeber die Sozialleistungen für Asylsuchende während des Verfahrens reduzieren, muss er somit *diese Differenzierungen bereits auf der Ebene des Gesetzestextes verankern* und sicherstellen, dass sie in der Praxis angewandt und umgesetzt werden können.

⁴⁸ Problematisch wäre weiterhin die Vereinbarkeit mit den Auffassungen des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, insbesondere bezüglich des Verbots des Abbaus einmal gewährter Leistungen (vorne Ziff. 2.2)